

Transfer of movables in German, French, English and Dutch law

Citation for published version (APA):

van Vliet, L. P. W. (2000). *Transfer of movables in German, French, English and Dutch law*. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. Ars Aequi Libri. <https://doi.org/10.26481/dis.19990920lv>

Document status and date:

Published: 01/01/2000

DOI:

[10.26481/dis.19990920lv](https://doi.org/10.26481/dis.19990920lv)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Summary

The subject-matter of this book is the transfer of movable property in German, French, English and Dutch law. The transfer using negotiable instruments and the transfer by way of security will not be considered. Nor will transfers which require registration.

Of particular importance is the division into the three main types of transfer system: the causal consensual system, the causal tradition system and the abstract tradition system. Here two dividing lines intertwine: the distinction between causal and abstract systems and the distinction between consensual and tradition systems.

Chapter 1

In chapter 1 the above-mentioned transfer systems will be considered in the abstract. Furthermore, a few principles of property law will be explained. A causal transfer system demands that the transfer be based on a valid legal ground, i.e. a legal reason justifying the passing of ownership (*iusta causa traditionis*). In an abstract system, on the other hand, the transfer is valid even if it is not based on a valid legal ground. Under the influence of Savigny and his pupils, German law opted for the abstract system. In a consensual system a valid transfer of ownership in principle does not require any transfer or providing of possession. In the current view ownership passes simply as a result of entering into a contract which imposes an obligation to make a transfer. A tradition system, on the other hand, distinguishes between the underlying contract and the legal act of transfer. Notwithstanding these differences in theory, in the chapters on German, French, English and Dutch law we shall see that the distinction between causal and abstract, and the distinction between consensual and tradition, are not as sharp as might appear at first glance.

Chapter 2

In chapter 2 the German transfer system, the only abstract system to be treated in this research, will be discussed. As said before, an abstract system distinguishes between the contract obliging to make the transfer (*Verpflichtungsgeschäft*) and the transfer itself (*Übereignung, Veräußerung*). The transfer is valid even if the preceding contract is void or has been avoided with retroactive effect. If ownership has been transferred under a voidable contract avoidance will not automatically revert ownership in the transferor.

Yet, there are several exceptions to the abstraction (§ 2.2). First of all, fraud and duress (*Täuschung* and *Drohung*) will in principle affect the validity of both the contract and the transfer. Such a common defect of will is called *Fehleridentität* (identity of defect). Second, the abstraction is merely *ius dispositivum*: the parties may, expressly or tacitly, make the transfer depend on the validity of the underlying contract.

The German transfer system is a tradition system: apart from *Einigung* (real agreement) § 929 BGB requires *Übergabe* (a transfer of possession) (§ 3). The transfer of possession needs the will of the transferor to make the acquirer possessor, and the corresponding will of the transferee to acquire possession from the transferor. It is an act aiming at the passing of possession. As possession is not only a fact but also a right, the transfer of possession can be regarded as a legal act (§ 3.1-3.5). Still, in German law this is recognized only in regard to the transfer of possession mentioned in § 854 subs. 2 BGB, a transfer of possession by mere agreement. On the other hand, the transfer of possession by providing actual power (§ 854 subs. 1 BGB) is seen as no more than a factual act. For practical reasons German law provides that in some instances no transfer of actual power is needed as between the transferor and transferee. The instances are *Geheißerwerb* (§ 3.6), *traditio brevi manu*, *constitutum possessorium* and the assignment of the *Herausgabeanspruch* (§ 4).

As a rule a valid transfer also demands that the transferor should be privileged to dispose (*Verfügungsbefugnis*) (§ 5). Yet, in certain cases a person who is not privileged to dispose is nonetheless able to make a valid transfer. For, if the acquirer is in good faith, and if all other requirements for third party protection are met, the transfer is regarded as valid. A non-owner is thus able to transfer a thing belonging to another. Here the transferor is the non-owner, yet the bona fide third party succeeds in a right (i.e. ownership) which previously belonged to the owner. I have called this ability to transfer 'the power to dispose' (§ 5.3).

The concept of agency demonstrates that the current German view, according to which the transfer of possession under § 854 subs. 1 BGB is not a legal act, leads to inconsistency. The German point of view has led to the opinion that the concept of agency cannot be applied to the transfer of actual power (*traditio vera*). At the same time, however, for practical reasons, forms of transfer are recognized which in reality amount to agency.

Chapter 3

Chapter 3 treats the French causal and consensual transfer system, which does not require a transfer of possession. Here consensus between the parties suffices. Traditionally in this system the contract itself is held to pass ownership. Ownership passes at the moment the contract is made. Yet, there are some very important exceptions to this principle. As a result of the principle of specificity, ownership of generic goods can pass only when certain goods are separated and appropriated for delivery to the acquirer (§ 1.2-1.3). And, where there is a contract for the transfer of future goods, ownership can pass only after the goods have come into existence. Furthermore, it is often overlooked that in the case of sale the 'translative effect of obligations' applies only to the passing of ownership of the thing, not the transfer of the money due in exchange (§ 1.1).

The French consensual system originated in a frequent use of *constitutum possessorium* and similar forms of *traditio* in contracts for the sale of land. In pre-Code civil law the requirement of *traditio* was deprived of all practical consequences

as a result of notaries enclosing in contracts for the sale of land a standard clause that possession was transferred by way of *constitutum possessorium* or otherwise. Thus, in practice ownership of land passed when the contract was made (§ 2.1).

In spite of the French legislator's choice to let ownership pass when the contract is made, I believe that for a proper understanding of the French transfer system the concept of real agreement is indispensable (§ 2). In § 2.2 examples will be treated which demonstrate that the real agreement exists also in French law. The concept should be distinguished from the *traditio* and may therefore play a role in a system which abolished *traditio* as a requirement for the transfer of ownership.

Chapter 4

Chapter 4, in which English law is analysed, divides into parts A and B. The division was necessitated by the presence in English law of two different transfer systems: the ancient common law system which requires a transfer of possession, and the consensual system of the Sale of Goods Act 1979. In part A (Transfer based on sale) we shall see that also in the consensual system of the Sale of Goods Act immediate passing of ownership is possible only as regards specific existing (in contrast to future) things. As in French law the purchase price will not pass to the seller when the contract is made. The rule that ownership of generic goods cannot pass to the buyer before certain goods have been appropriated to the buyer has led to an amendment of the Sale of Goods Act. Where the contract stipulates that the goods should be taken from a specified bulk the buyer will under certain conditions (among which payment) become co-owner in the bulk.

It is likely that the English consensual system originated in a way similar to the development of the consensual system on the continent. Originally the common law requirement of *traditio* applied to every transfer of movables. However, it was gradually held that, when a contract for the sale of a movable was made, it immediately passed constructive possession to the buyer, making the seller a bailee for the buyer. As a consequence ownership passed when the contract was made, before any physical handing over had taken place. It involved a fictitious *traditio* similar to the continental *constitutum possessorium* (§ 6.1).

It can be proven that, like French law, the English consensual system contains a real agreement (§ 4). The systematic arguments are comparable to the ones mentioned in chapter 3. The question whether the tradition system of the Sale of Goods Act is causal or abstract is not discussed in English law. Still, on systematic grounds, it can be demonstrated that the system is causal (§ 5).

Part B will describe the ancient common law system of transfer which requires a transfer of possession (*traditio*). An important instance to which the ancient requirement still applies is the gift from hand to hand (in contrast with the gift by deed). Here *traditio* may take the form of providing actual power, but in some cases a fictitious transfer of possession will suffice (§ 8). It is difficult to ascertain whether transfers outside the scope of the Sale of Goods Act need a valid legal ground. Most probably a transfer by deed is abstract, but as to the ancient common law

transfer by *traditio* no conclusion is possible: there is no legislation, case law or literature which could give us any clue whatever.

Chapter 5

For a valid transfer of movables Dutch law in principle requires the providing of possession to the acquirer. Furthermore, unlike the old civil code the new 1992 code expressly provides that every transfer needs a valid legal ground. As a result the transfer system may be classified as a causal tradition system.

There is some controversy whether the transfer of ownership needs a real agreement. I think that the majority of the authors are right in asserting that a real agreement is essential to any transfer. In Dutch law the term transfer (*overdracht*) indicates not only the result (the passing of ownership) but also the act to attain the result: the transferring of ownership. This act aiming at the passing of ownership to the acquirer should be regarded as a legal act the nucleus of which is formed by the real agreement. Any formalities required in addition to the real agreement should be seen as *condiciones iuris* (conditions required by the law rather than conditions stipulated by the parties). They suspend the effect of the legal act until certain additional requirements, such as *traditio*, have been met. In reality, the concepts of *levering*, the real agreement and the act of *overdracht* are synonymous (§ 2).

Possession may be provided by giving actual power or by using a form of fictitious *traditio* (§ 3). In one instance, article 3:95, not even a fictitious *traditio* is needed. The peculiarity of *constitutum possessorium* is that it does not work as against persons having an older right in or over the thing until the transferee has acquired actual power over the thing. So, until that moment the transfer of ownership works only relatively. The reason is to postpone third party protection until the third party has acquired actual power. For the same reason it is held that a *detentor* cannot transfer possession by way of *constitutum possessorium*. To achieve this result an ancient adage is used: *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* (no one can for himself change the legal ground of his possession).

Chapter 6

The gift from hand to hand, which will be analysed in chapter 6, is a good illustration of the importance of the real agreement. In the case of a gift from hand to hand ownership passes only when actual power over the thing is given to the donee. It is an executed gift, that is, a gift which is not preceded by an obligation to transfer the thing by way of gift. If, on the other hand, the transfer is preceded by a binding promise to make the gift it is called an executory gift.

A consensual system in which the obligation is said to transfer ownership ('translative effect of obligations') cannot satisfactorily explain the gift from hand to hand: there is no obligation to make the transfer. Accordingly, when the gift

involves a transfer of ownership a real agreement is needed to accomplish the transfer. The gift from hand to hand consists of two elements: an enrichment conferred to the acquirer and an agreement that the enrichment should be a gift.

Chapter 7

The gift from hand to hand was one of the arguments with which Savigny and his pupils developed the German abstract system. The division causal/abstract originated in the beginning of the 19th century and is therefore of relatively recent date. Neither in Roman law nor in the learned law after the rediscovery of the Digest has one ever tried to make a general theory about the consequences of defects in the legal ground of the transfer. Although it is nowadays acknowledged that in classical Roman law *traditio* was a causal form of transfer the evidence is somewhat blurred. Partly due to interpolations the Digest contains inconsistencies which influenced the interpretation of the *iusta causa* requirement since the Middle Ages. Legal historians generally hold that in the time of the glossators, commentators, humanists and in Roman-Dutch law the transfer system was abstract. Yet, when we examine what authors of the time write about the consequences of voidness or avoidance no abstract system appears to have existed. What is more, in this period no transfer system existed whatsoever.

The abstract theory was developed by Savigny and his pupils from 1815/1816. In the case of defects of will the theory involves an artificial distinction between contract and transfer. In principle a defect of will is taken to affect the contract only, not the transfer as well. Yet, if in reality one did not want the contract, this applies all the more to the transfer executing the contract.

The causal system originated in the consensual system of the *Code Civil*: where the contract itself passes ownership a valid transfer necessarily depends on the contract being valid. Even so, the choice for a causal system was not deliberate: it was merely a logical consequence of opting for a consensual system, a consequence one did not realize when the *Code* was enacted.

Chapter 8

In conclusion it turns out that the division between consensual systems and tradition systems and the division between causal and abstract systems are not unbridgeable. As regards the first divide the existence of fictitious *traditio* and exceptions to the requirement of *traditio* have reduced the difference between consensual and tradition systems to a distinction only of *ius dispositivum*. In both systems parties are able to let ownership pass when they think fit, provided the principle of specificity is met. Both systems have in common that every transfer of movables requires a real agreement. The acknowledgment that also consensual systems have a real agreement entails that consensual systems are no longer causal of necessity.

The historical survey in chapter 7 shows us that the sharp distinction between the extremes of causal and abstract has been in existence only from the beginning of the 19th century. Moreover, the chapter demonstrates that a transfer system may be created which lies in between causal and abstract, for example a system in which defects of will always affect the transfer whereas other defects do not.

Samenvatting

Onderwerp van dit boek is de overdracht van roerende zaken in het Duitse, Franse, Engelse en Nederlandse recht. Hierbij blijft de overdracht door middel van handelspapieren buiten beschouwing, evenals de overdracht tot zekerheid en de overdracht van registergoederen. Van groot belang is de onderscheiding binnen de overdrachtsstelsels van drie hoofdtypen, namelijk het causale consensuele stelsel, het causale traditiestelsel en het abstracte traditiestelsel. Hierbij komen twee scheidslijnen samen, het onderscheid tussen het causale en abstracte stelsel, en het onderscheid tussen het consensuele stelsel en het traditiestelsel.

Hoofdstuk 1

In hoofdstuk 1 worden de bovengenoemde overdrachtssystemen in abstracto uitgelegd en worden tevens enkele beginselen van het goederenrecht uiteengezet. Een causaal overdrachtssysteem stelt als voorwaarde dat de overdracht gebaseerd moet zijn op een geldige titel, dat wil zeggen, een geldige reden voor overdracht (*valid legal ground, iusta causa traditionis*). In het abstracte stelsel is een overdracht zelfs geldig wanneer er geen geldige rechtsgrond aanwezig is. De overdracht wordt hier geabstraheerd van haar eventuele rechtsgrond. Onder invloed van Savigny en zijn leerlingen heeft het Duitse recht voor dit systeem gekozen.

In een consensueel stelsel is voor een geldige eigendomsoverdracht in beginsel geen bezitsoverdracht of bezitsverschaffing nodig. Volgens de heersende leer gaat eigendom in dit systeem reeds over door het enkele sluiten van een overeenkomst die tot eigendomsoverdracht verplicht. In een traditiestelsel wordt evenwel een onderscheid aangebracht tussen de onderliggende overeenkomst en de overdracht.

In de hoofdstukken over het Duitse, Franse, Engelse en Nederlandse recht zal echter blijken dat deze tegenstellingen tussen causaal en abstract en tussen consensueel en traditie, die vaak gezien worden als onoverbrugbaar, veel minder scherp zijn dan ze op het eerste gezicht lijken.

Hoofdstuk 2

In hoofdstuk 2 wordt het Duitse overdrachtsstelsel besproken, het enige abstracte stelsel in dit onderzoek. In een abstract stelsel als het Duitse wordt onderscheid gemaakt tussen de overeenkomst die tot overdracht verplicht (*Verpflichtungsgeschäft*) en de overdracht zelf (*Übereignung, Veräußerung*) (§ 1.2). De overdracht is geldig ook al is de voorafgaande overeenkomst nietig of met terugwerkende kracht vernietigd. Wanneer eigendom is overgegaan op grond van een vernietigbare overeenkomst leidt de vernietiging van de overeenkomst niet tot een automatisch terugvallen van de eigendom naar de vervreemder (§ 1.3).

Er zijn echter enkele belangrijke uitzonderingen op deze abstractheid (§ 2.2). Allereerst zullen de wilsgebreken bedrog en bedreiging (*Täuschung* en *Drohung*; § 123 BGB) in beginsel zowel de overeenkomst als de overdracht aantasten. Er is dan

sprake van *Fehleridentität* (gemeenschappelijk wilsgebrek). Bovendien is de abstractheid slechts van regelend recht: partijen kunnen uitdrukkelijk of stilzwijgend de overdracht afhankelijk maken van de geldigheid van de onderliggende overeenkomst.

Tegelijkertijd is het Duitse overdrachtsstelsel een traditiestelsel: § 929 BGB eist naast *Einigung* (de goederenrechtelijke overeenkomst) *Übergabe* (bezitsoverdracht) (§ 3). Deze bezitsoverdracht vereist de wil van de vervreemder om de verkrijger tot bezitter te maken en de overeenstemmende wil van de verkrijger bezit van de vervreemder te ontvangen. Het is een handeling gericht op het overgaan van bezit. Omdat bovendien bezit niet alleen een feit is maar ook een recht, is de bezitsoverdracht een rechtshandeling (§ 3.1-3.5). In het Duitse recht wordt dit echter alleen erkend voor de bezitsoverdracht op grond van § 854 Abs 2 BGB (bezitsoverdracht door tweezijdige verklaring), niet voor de overhandiging genoemd in § 854 Abs 1 BGB (verschaffing van de feitelijke macht, *traditio vera*). Uit praktische overwegingen staat het Duitse recht toe dat in bepaalde gevallen geen macht over de zaak wordt overgedragen van de vervreemder naar de verkrijger. Deze gevallen zijn *Geheißerwerb*, *traditio brevi manu*, *constitutum possessorium* en *Abtretung des Herausgabeanspruchs*.

In beginsel is voor een geldige overdracht tevens vereist dat de overdrager beschikkingsbevoegd is (*Verfügungsbefugnis*, *privilege to dispose*) (§ 5). Maar ondanks dit vereiste is in bepaalde gevallen iemand die niet bevoegd is over een goed te beschikken toch in staat een rechtsgeldige overdracht tot stand te brengen. Wanneer namelijk de verkrijger te goeder trouw is en aan de overige vereisten van derdenbescherming is voldaan, wordt de overdracht als geldig beschouwd. Een niet-eigenaar kan op deze manier het goed van een ander overdragen. De vervreemder is de niet-eigenaar, maar de rechtsvoorganger van de derde te goeder trouw is de eigenaar. Deze macht om over te dragen heb ik beschikkingsmacht genoemd (*power to dispose*) (§ 5.3).

Het leerstuk van de vertegenwoordiging laat zien dat de heersende opvatting in Duitsland dat de bezitsoverdracht van § 854 Abs 1 BGB (verschaffen van feitelijke macht) geen rechtshandeling is tot tegenstrijdigheid leidt. Op basis van deze opvatting wordt namelijk aangenomen dat vertegenwoordiging bij deze vorm van bezitsoverdracht niet mogelijk is (§ 6). Om praktische redenen worden echter rechtsfiguren toegelaten die in feite neerkomen op vertegenwoordiging.

Hoofdstuk 3

Hoofdstuk 3 behandelt het Franse causale consensuele overdrachtssysteem waarin de eis van bezitsoverdracht niet geldt. Volgens de traditionele opvatting doet in dit consensuele systeem de overeenkomst zelf de eigendom overgaan: wilsovereenstemming (*consensus*) volstaat. Eigendom gaat over op het moment dat de overeenkomst wordt gesloten. Op dit beginsel zijn echter belangrijke uitzonderingen: door de werking van het specialiteitsbeginsel kan eigendom van generieke goederen pas overgaan wanneer bepaalde goederen zijn afgescheiden en

bestemd voor aflevering aan de verkrijger. Ook bij een overeenkomst die verplicht tot overdracht van toekomstige zaken kan eigendom pas overgaan na het sluiten van de overeenkomst. Bovendien wordt vaak voorbij gegaan aan het feit dat het *effet translatif des obligations* bij de koopovereenkomst alleen geldt voor de eigendomsoverdracht van de zaak, en niet voor de overgang van de koopprijs.

Het Franse consensuele systeem is ontstaan door een veelvuldig toepassen van het constitutum possessorium en andere vergelijkbare vormen van bezitsoverdracht bij de verkoop van onroerende zaken. Onder het recht van voor de *Code Civil* werd bij de verkoop van onroerende zaken de eis van bezitsoverdracht van zijn praktische waarde beroofd doordat het notariaat de gewoonte overnam om in koopovereenkomsten de clausule op te nemen dat bezit werd overgedragen door constitutum possessorium of op een andere vergelijkbare wijze. In de praktijk ging eigendom van onroerende zaken daardoor over op het moment van het sluiten van de koopovereenkomst.

Ondanks de keuze van de Franse wetgever om de eigendom in beginsel over te laten gaan bij het sluiten van de overeenkomst ben ik van mening dat het begrip goederenrechtelijke overeenkomst onontbeerlijk is voor een goed begrip van het Franse overdrachtssysteem. De gevallen die aantonen dat ook het Franse recht een goederenrechtelijke overeenkomst kent worden weergegeven in § 2.2. Het begrip goederenrechtelijke overeenkomst moet worden onderscheiden van de bezitsoverdracht en kan ook een rol spelen in een stelsel dat bezitsoverdracht als vereiste voor eigendomsoverdracht heeft geschrapt.

Hoofdstuk 4

Hoofdstuk 4, waarin het Engelse recht aan de orde komt, is onderverdeeld in delen A en B. Deze splitsing is nodig omdat het Engelse recht twee verschillende overdrachtssystemen kent: het oude common law stelsel waarin bezitsoverdracht vereist is, en het consensuele stelsel van de *Sale of Goods Act 1979*.

In onderdeel A (*Transfer based on sale*) blijkt dat ook in het consensuele stelsel van de Engelse *Sale of Goods Act* onmiddellijke eigendomsovergang op het moment van het sluiten van de koopovereenkomst slechts mogelijk is bij de koop van een tegenwoordige (i.t.t. toekomstige) specifieke zaak. En, evenals in het Franse recht zal ook hier de koopprijs niet op de verkoper overgaan bij het sluiten van de overeenkomst. De regel dat eigendom van generieke zaken niet op de koper kan overgaan voordat bepaalde zaken zijn afgescheiden en zijn bestemd voor levering aan de koper (appropriation) heeft geleid tot een wijziging van de *Sale of Goods Act*. Wanneer in het contract bepaald is dat de zaken uit een door koper en verkoper aangewezen partij (bulk) genomen moeten worden, krijgt de koper onder bepaalde voorwaarden (waaronder betaling) een mede-eigendomsaandeel in deze partij.

Het is aannemelijk dat de wijze waarop het Engelse consensuele stelsel is ontstaan vergelijkbaar is met de ontwikkeling van het consensuele stelsel op het continent. Oorspronkelijk gold het common law vereiste van bezitsoverdracht voor iedere overdracht van roerende zaken. Maar langzamerhand ontstond de opvatting dat een

koopovereenkomst met betrekking tot een roerende zaak meteen indirect bezit aan de koper gaf, waardoor de verkoper houder voor de koper werd. Hierdoor ging eigendom over bij het sluiten van de overeenkomst, voordat enige fysieke overhandiging had plaatsgevonden. De overeenkomst bevatte een fictieve bezitsoverdracht vergelijkbaar met het continentale *constitutum possessorium* (§ 6.1).

Niet alleen van het Franse maar ook van het Engelse consensuele stelsel kan aangetoond worden dat zij een goederenrechtelijke overeenkomst bevat (§ 4). De systematische argumenten zijn vergelijkbaar met de gronden genoemd in hoofdstuk 3. De vraag of het overdrachtsstelsel van de *Sale of Goods Act* causaal of abstract is wordt in het Engelse recht niet besproken. Toch kan op systematische gronden worden aangetoond dat het systeem causaal is (§ 5).

In onderdeel B wordt het oude common law stelsel van overdracht beschreven, waarin overdracht van bezit vereist is. Een belangrijk geval waarvoor de oude overdrachtseisen nog gelden is de schenking van hand tot hand (i.t.t. de schenking op basis van een akte, de zogenaamde *deed*). De bezitsoverdracht kan hier de vorm aannemen van reële machtsverschaffing, maar in bepaalde gevallen kan aan het vereiste ook worden voldaan door een fictieve bezitsoverdracht (§ 8). Of overdrachten die niet onder de *Sale of Goods Act* vallen een geldige titel nodig hebben is moeilijk vast te stellen. Waarschijnlijk is een overdracht op basis van een *deed* abstract, maar voor de oude common law overdracht met bezitsoverdracht is geen conclusie mogelijk: er is geen wetgeving, rechtspraak of literatuur waaruit ook maar iets kan worden afgeleid over deze vraag.

Hoofdstuk 5

In het Nederlandse recht is voor de eigendomsoverdracht van roerende zaken in beginsel bezitsverschaffing nodig. Bovendien bepaalt het Burgerlijk Wetboek van 1992, anders dan het oude wetboek, dat elke overdracht op een geldige titel gebaseerd moet zijn. Het is dus een causaal traditiesysteem.

Of voor eigendomsoverdracht een goederenrechtelijke overeenkomst is vereist is niet onomstreden. Toch meen ik met de meerderheid der auteurs dat de goederenrechtelijke overeenkomst essentieel is voor elke overdracht. De term overdracht duidt niet alleen een resultaat aan (de overgang van eigendom) maar ook de handeling waarmee dit resultaat bereikt wordt: het overdragen van de eigendom. Deze handeling, die gericht is op het doen overgaan van eigendom op de verkrijger, is te beschouwen als een rechtshandeling. De goederenrechtelijke overeenkomst is de kern van deze rechtshandeling. Eventuele formaliteiten die vereist zijn naast de goederenrechtelijke overeenkomst moeten gezien worden als *condiciones iuris* (rechtsvoorwaarden). Zij stellen de werking van de rechtshandeling uit totdat aan bepaalde aanvullende eisen, zoals bijvoorbeeld bezitsverschaffing, is voldaan. In wezen zijn de begrippen levering, goederenrechtelijke overeenkomst en overdracht (als handeling) synoniem (§ 2).

De bezitsverschaffing (§ 3) kan geschieden door feitelijke machtsverschaffing of door verschillende vormen van fictieve bezitsoverdracht. In een enkel geval, art.

3:95, is zelfs geen fictieve bezitsoverdracht vereist. De leveringsvorm *constitutum possessorium* heeft de eigenaardigheid dat zij niet werkt tegenover oudere gerechtigden op de zaak totdat de verkrijger de feitelijke macht over de zaak heeft verkregen. Tot dit moment werkt de eigendomsoverdracht dus slechts relatief. De reden is dat hierdoor de derdenbescherming wordt uitgesteld totdat de derde feitelijke macht over de zaak heeft verkregen. Om dezelfde reden wordt gezegd dat de houder niet door middel van *constitutum possessorium* bezit kan overdragen. Om dit laatste resultaat te bereiken wordt het aloude adagium *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* gebruikt (niemand kan voor zichzelf de rechtsgrond van zijn bezit veranderen).

Hoofdstuk 6

De schenking van hand tot hand, beschreven in hoofdstuk 6, vormt een goed voorbeeld van het belang van de goederenrechtelijke overeenkomst. Bij de schenking van hand tot hand gaat eigendom pas over wanneer de feitelijke macht over een zaak aan de begiftigde wordt verschaft. Het is een vorm van *executed gift* (let.: uitgevoerde schenking), een schenking die niet vooraf wordt gegaan door een verplichting tot het overdragen van een zaak bij wege van schenking. Wanneer de overdracht wel vooraf wordt gegaan door een verplichting (bindende schenkingsbelofte) heet zij *executory gift* (nog uit te voeren schenking).

Een consensueel systeem waarin men zegt dat de overeenkomst zelf eigendom overdraagt (*effet translatif des obligations*) kan de schenking van hand tot hand niet op bevredigende wijze verklaren. Er is namelijk geen verbintenis tot overdracht. Wanneer de schenking de vorm aanneemt van eigendomsoverdracht is daarom een goederenrechtelijke overeenkomst nodig om de overdracht van eigendom te bereiken. De schenking van hand tot hand bestaat uit twee elementen: de aan een ander verleende verrijking (*conferred enrichment*, *Zuwendung*) en de overeenkomst dat deze verrijking bij wege van schenking is verricht.

Hoofdstuk 7

De schenking van hand tot hand was een van Savigny's argumenten waarmee hij en zijn leerlingen het abstracte systeem hebben ontwikkeld. De tweedeling causaal/abstract is ontstaan in het begin van de 19e eeuw en is hiermee relatief recent. In het Romeinse recht noch in het geleerde recht van na de herontdekking van de Digesten heeft men zich ooit bekommerd een algemene leer te ontwikkelen over de invloed van gebreken in de titel voor de overdracht. Hoewel tegenwoordig wordt aangenomen dat *traditio* in het klassieke Romeinse recht een causale vorm van overdracht is geweest is het bewijs hiervoor niet erg duidelijk. De Digesten bevatten, mede door interpolaties, tegenstrijdigheden die ook na de middeleeuwen hun invloed bleven uitoefenen op de interpretatie van het titelvereiste. Volgens de heersende leer onder rechtshistorici was het overdrachtssysteem ten tijde van de

glossatoren, commentatoren, humanisten en het oud-vaderlandse recht abstract. Wanneer men beziet wat volgens de verschillende auteurs uit deze periodes de gevolgen zijn van nietigheid of vernietiging van de overeenkomst blijkt echter dat er geen abstract overdrachtssysteem bestond. Sterker nog, er bestaat helemaal geen overdrachtssysteem in deze periodes.

De abstracte leer is door Savigny en zijn leerlingen ontwikkeld vanaf de jaren 1815/1816. De leer leidt bij wilsgebreken tot een onnatuurlijk onderscheid tussen overeenkomst en overdracht. Een wilsgebrek wordt geacht in beginsel alleen de overeenkomst aan te tasten, niet ook de eigendomsoverdracht. Echter, wanneer men de overeenkomst niet werkelijk heeft gewild, geldt dit a fortiori voor de eigendomsoverdracht ter uitvoering van deze overeenkomst.

De causale leer komt voort uit het consensuele systeem van de *Code Civil*: wanneer de overeenkomst zelf eigendom overdraagt, gaat eigendom alleen over als de overeenkomst geldig is. De keuze voor een causaal systeem is overigens niet bewust gebeurd: het was slechts een logisch uitvloeisel van de keuze voor een consensuele overdracht, een gevolg dat men zich bij de invoering van de *Code* niet heeft gerealiseerd.

Hoofdstuk 8

In de conclusie blijkt dat de twee belangrijke onderscheidingen, de scheidslijn tussen consensuele en traditiestelsels en die tussen causale en abstracte stelsels, geen onoverbrugbare barrières vormen. Wat de eerste scheidslijn betreft is door het toelaten van fictieve bezitsoverdracht en uitzonderingen op het vereiste van bezitsoverdracht het onderscheid tussen consensuele stelsels en traditiestelsels een onderscheid van regelend recht geworden. In beide stelsels zijn partijen in staat de eigendom te laten overgaan op het moment van hun keuze zolang maar voldaan is aan het specialiteitsbeginsel. De twee systemen hebben gemeenschappelijk dat een goederenrechtelijke overeenkomst vereist is voor elke eigendomsoverdracht van roerende zaken. Het aannemen dat ook consensuele stelsels een goederenrechtelijke overeenkomst kennen heeft overigens tot gevolg dat consensuele stelsels niet langer noodzakelijkerwijs causaal zijn.

De historische uiteenzetting in hoofdstuk 7 laat zien dat het scherpe onderscheid tussen de extremen causaal en abstract pas bestaat sinds het begin van de 19e eeuw. Uit dit hoofdstuk blijkt tevens dat tussenvormen tussen causaal en abstract mogelijk zijn, bijvoorbeeld in de vorm dat wilsgebreken altijd doorwerken in de overdracht, maar andere gebreken niet.